Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Fichter, Rechtspraktikant

aus Erbach.

Approbiert am 22. Mai 1911.

Erlangen.

K. B. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.

1912.

130

Referent: Univ.-Professor Dr. M. Rieker.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Einleitung. § 1	7— 9
I. Der Stand der Frage. § 2—4	9—32
A. Die Konzession begründet ein subjektives öffentliches Recht. § 2. 1. Sarwey, 2. Stengel, 3. Georg Meyer, 4. Rehm, 5. Laun, 6. verschiedene	9—17
B. Die Konzession ist Beseitigung rechtlicher, der Gewerbefreiheit entgegenstehender Schranken. § 3. 1. Laband, 2. Seydel, 3. Otto Mayer, 4. Jellinek, 5. Richard Schmidt und Gerber	17—27
C. Die Konzession ermöglicht die Ausübung eines subjektiven Rechtes. § 4. 1. Löning, 2. Gluth	28—32
II. Der Lösungsversuch. § 5—15	32—56
A. Allgemeines. § 5	32—34
B. Der negative Inhalt der Konzession. § 6—12	34—48
1. Das Verbot und sein Inhalt. § 6—11	34—46
a) Das Verbot, eine Rechtsversagung. § 7—10	35—43
b) Das Verbot, eine untersagende Polizeinorm. § 11	44—46
2. Die Aufhebung des Verbots. § 12	47—48
C. Der positive Inhalt der Konzession. § 13	48—54
D. Die Folgerungen. § 14—15	54—56
1. Der Verzicht. § 14	54—55
2. Die Übertragbarkeit, Vererblichkeit des Gewerberechts. § 15	55—56

Literaturverzeichnis.

Bluntschli, Allgem. Staatsrecht. 3. Aufl. München 1863

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl. Jena 1900. I.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. I. Die allgemeinen Lehren. Halle 1902.

Gareis, Allgemeines Staatsrecht in Marquardsens Handbuch I.

Gerber, Über öffentliche Rechte. Tübingen 1852.

Gierke, Jahrbuch für Gesetzgebung des deutschen Reichs. Tübingen 1910.

Giese, Die Grundrechte. Tübingen 1905.

Gluth, Archiv für öffentliches Recht. Bd. III.

Ihering, Geist des römischen Rechtes. 2. Aufl. Leipzig 1871.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg 1905. 2. Aufl.

— Das Recht des modernen Staates. Berlin 1900.

Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Freiburg 1901. 4. Aufl.

— Deutsches Reichsstaatsrecht in „Das öffentliche Recht der Gegenwart". 1907.

Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 5. Aufl. München 1907.

v. Laun, „Das Recht zum Gewerbebetrieb"; Wienerstaatswissenschaftliche Studien von Bernatzik und Philippovich herausgegeben 7 Bd. 3. Heft.

Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Luthard, Blätter für administrative Praxis. Bd. 39.

Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1895. I.

Merkel, Juristische Enzyklopädie.

Meyer Georg, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 3. Aufl. Neu herausgegeben von Franz Dochow. Leipzig 1910.

Radnitzki, Parteiwillkür im öffentlichen Recht. Bd. 46

Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession. München 1889.

Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Allgemeines Verwaltungsrecht in Marquardsens Handbuch. I, 2.
Schenkel, Kommentar zur Gewerbeordnung. I.
Schecher, Gewerbepolizeirecht des deutschen Reiches. Tübingen 1910.
Schicker, Kommentar zur Gewerbeordnung. I.
Schmid Rich., Prozeßrecht und Staatsrecht.
Seydel, Bayerisches Staatsrecht Bd. I. München 1884.
v. Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart 1886.
Ulbrich, Grünhuts Zeitschrift. Bd 9, Nr. 28.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. I. Leipzig 1897.
Zoepfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts. 4. Aufl. Heidelberg und Leipzig 1855.

§ 1.

Einleitung.

Gemäß § 1 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, in der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 26. Juli 1900, ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Während nun die zulässigen Ausnahmen von dem hier verkündeten Prinzip der Gewerbefreiheit in § 5 RGO normiert sind, stellt § 16 GO als Einschränkung obigen Grundsatzes für die Errichtung bestimmter Anlagen die Genehmigungspflicht auf, § 29 GO die Approbationspflicht für Ärzte und Apotheker, § 30 GO die Konzessionspflicht für Kranken- und Irrenanstalten, die §§ 32—34 GO die Erlaubnispflicht für Schauspielunternehmer, für den Betrieb von Gast- und Schankwirtschaften, für gewerbsmäßige Veranstaltung von Singspielen etc., Musikaufführungen, für den Betrieb des Geschäftes eines Pfandleihers und Stellenvermittlers, das Stellenvermittlergesetz vom 2. Juni 1910 in seinem § 1 die genauere Regelung der Erlaubnispflicht für Stellenvermittler. Weitere Beschränkungen bilden die Untersagungsbefugnis des § 35, 53a, sowie der Befähigungsnachweis. Die Erteilung der Genehmigung, Erlaubnis, Konzession — in der Wissenschaft meistens Konzession

genannt — ist formell ein polizeilicher Verwaltungsakt; darüber herrscht kein Zweifel. Unsere Aufgabe ist es aber zu untersuchen, welche materielle Rechtswirkung sich an diesen Verwaltungsakt knüpft. Ist schon die rechtliche Natur der Befugnis zum Gewerbebetriebe als eines der sogenannten Grundrechte bestritten, so ist dies erst recht die Konzessionswirkung. Gewährt die Konzession ein subjektives öffentliches Recht? Oder ermöglicht sie nur die Ausübung eines bereits bestehenden subjektiven öffentlichen Rechtes? Oder ist die Konzession nur die behördliche Anerkennung des Nichtbestehens polizeilicher Hinderungsgründe für die Ausübung der durch eine objektive Rechtsnorm garantierten Gewerbefreiheit?

Trotz Rehms scharfsinniger Abhandlung „Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, München 1889“ bestehen nach wie vor verschiedene Ansichten, ohne daß man sagen könnte, der eine oder andere stünde vereinzelt.

Die praktische Tragweite der einen oder andern Ansicht zeigt uns eine Plenarentscheidung des bayerischen VGH vom 2. Juli 1890, abgedruckt in Reger, Ergänzungsband 1 Seite 22: „Wenn auch die Wirtschaftskonzession nach Form und unmittelbarer Wirkung als die behördlich erteilte Befugnis zur Gewerbeausübung in die äußere Erscheinung tritt, so stellt sich dieselbe ihrer inneren Natur und Bedeutung nach doch nur als die Anerkennung der Gewerbepolizeibehörde dar, daß der Ausübung des Wirtschaftsgewerbes durch den Konzessionsinhaber in einem bestimmten Lokale ein im öffentlichen Interesse begründetes Hindernis nicht entgegensteht.“ Es sei deshalb die Erteilung einer Konzession zum Wirtschaftsbetrieb

für ein bestimmtes Lokal auch dann zulässig, wenn die für dasselbe Lokal früher einem andern erteilte Konzession nicht förmlich erloschen sei, da bei dieser weiteren Konzessionierung von einem Eingriff in die „Rechtssphäre“ des älteren Konzessionsinhabers nicht die Rede sein könne.

Dagegen mag hier schon bemerkt werden, daß es für die Frage der Zulässigkeit und Möglichkeit eines Verzichts auf das Gewerberecht, der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Gewerberechts nicht auf die subjektivrechtliche Natur des Gewerberechts anzukommen hat. Entweder gehen die Autoren dieser Meinung von einem falschen Begriffe des subjektiven öffentlichen Rechts aus, das entsprechend seiner Rechtsnatur als einem Zustande als unverzichtbar erscheinen muß, oder sie verwechseln den abstrakten Rechtsverzicht mit dem konkreten Anspruchverzicht. Der Anspruch erscheint selbstverständlich verzichtbar, nicht aber vom Anspruchssubjekte trennbar.

§ 2.

I. Der Stand der Frage.

A) „Die Konzession begründet ein subjektives öffentliches Recht.“

1. Man kann im allgemeinen sagen: Wer den Grund- und Freiheitsrechten den subjektiven Rechtscharakter abspricht, leugnet auch die subjektivrechtliche Beschaffenheit der Konzession und umgekehrt. Sarwey geht nun von der Ansicht aus, daß zwar die Grundrechte im allgemeinen nur als Funktionen des objektiven Rechtes anzusehen seien, durch besondere

gesetzliche Ausgestaltung aber zu Individualrechten gesteigert werden könnten[1]). So habe auch der Gesetzgeber durch die Norm des § 1 RGO die Äußerungsmöglichkeit natürlicher Willensbefähigung zu einem subjektiven Rechte erhoben. In den Fällen der Konzessionspflichtigkeit von Gewerben — als Ausnahmen von der in § 1 GO statuierten Regel — sei nicht jedermann kraft Gesetzes zum Gewerbebetrieb befugt. In diesen Fällen entstehe die Gewerbeberechtigung erst durch die Konzessionserteilung.

Hätte nun in Wahrheit der Gesetzgeber den Grundsatz aufgestellt, daß jedermann ohne Nachweis einer besonderen Voraussetzung ein subjektives öffentliches Recht auf den Gewerbebetrieb zustehe, so wäre logischerweise auch anzunehmen, daß der Gesetzgeber auch dort ein subjektives öffentliches Recht verleihen wollte, wo er noch besondere Voraussetzungen für den Gewerbebetrieb aufstellt.

Ist nun aber die Grundlage dieser Ansicht richtig? Ist in Wahrheit die Befugnis zum Gewerbebetrieb zu einem subjektiven öffentlichen Rechte ausgestaltet? Oder sind etwa die sogenannten Grund- und Freiheitsrechte an sich schon subjektive Rechte? Was ist endlich der Begriff eines subjektiven öffentlichen Rechtes? Die richtige Beantwortung dieser Fragen ist somit die Grundlage, auf der wir erst die Lösung unsres Problems versuchen können.

2. Eine ähnliche Begründung wie Sarwey gibt Stengel[2]) seiner Konstruktion; indes geht Stengel von

[1]) Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, S. 510, 524; allgemeines Verwaltungsrecht in Marquardsens Handbuch I, 2., S. 145.

[2]) Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1886, S. 35.

der Grundauffassung aus, daß den Grundrechten subjektivrechtlicher Charakter allgemein zugesprochen sei. Ihr Wesen besteht nach ihm darin, „daß der in unserer Rechtsordnung anerkannte Grundsatz der Freiheit und Unverletzlichkeit der Person und des Eigentums nach den verschiedenen möglichen Richtungen auseinandergelegt wird und die verschiedenen Äußerungsmöglichkeiten der persönlichen Freiheit als besondere Rechte bezeichnet werden“ [1]).

3. Nach Georg Meyer[2]) sind die Konzessionen „Polizeiakte, durch die jemanden die Vornahme bestimmter Handlungen und zwar entweder die Errichtung von Anlagen oder die Ausübung persönlicher Tätigkeiten gestattet wird. Sie setzen voraus, daß die Handlungen nicht jedermann erlaubt sind, daß also eine gesetzliche Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit besteht. Ihre Bedeutung liegt darin, daß sie Handlungen, die andern Personen verboten sind, für den, der die Konzession erlangt, zu erlaubten machen. Die Konzession kann daher auch nur individuell bestimmten Personen erteilt werden. Sie tritt niemals in der Form der Verordnung, sondern stets in der Form der Verfügung auf und muß auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen. Durch die Konzession erwirbt der Konzessionierte ein subjektives öffentliches Recht auf Ausübung der betreffenden Tätigkeit, aber kein Privatrecht.“

Die Erkenntnis Meyers, daß die rechtliche Wirkung der Erlaubnis nach dem Inhalte des der Erlaubnisnorm zugrunde liegenden Verbotes zu bemessen ist, ist

[1]) S. 35 l. c.

[2]) Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., von Franz Dochow, Leipzig 1910.

zweifellos richtig und ein wichtiger Hinweis, in welcher Richtung die wahre Lösung des Problems zu suchen ist. Indes, hat sich die Erlaubniswirkung nur auf die Aufhebung des Verbotes zu beschränken? Wäre es nicht möglich, daß der Erlaubnis nebst dieser Wirkung durch den Gesetzgeber noch ein positiver Inhalt gegeben wäre? Und endlich, ist die Rechtsnatur des Verbotes die Verhinderung der Entstehung eines subjektiven Rechtes auf den Gewerbebetrieb oder nur ein Verbot der Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit? Wenn Meyer sich für die erstere Ansicht entscheidet, so ist das eine Folge seiner Auffassung der sogenannten Grundrechte. „Die natürliche Handlungsfreiheit - so argumentiert Meyer — unterliegt rechtlichen Beschränkungen. Manche Handlungen sind zwar frei, andere aber bestimmten Beschränkungen unterworfen. Letztere nun für Handlungen gewisser Art aufzuheben, ist der Zweck der Grundrechte. Diese Beseitigung geschah durch Verfassungen und Gesetze. Solche enthielten zweifellos objektives Recht. Aber sie gewährten den einzelnen gleichzeitig einen Anspruch auf Freiheit von gewissen Einwirkungen des Staates. Dieser Anspruch geht auf Unterlassung oder Aufhebung derjenigen obrigkeitlichen Befehle, welche mit der gesetzlich festgestellten Freiheit in Widerspruch stehen. Er bildet einen Bestandteil der individuellen Rechtssphäre und ist mit der fortschreitenden Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in immer höherem Maße richterlichen Schutzes teilhaftig geworden."

Mit diesen Ausführungen ist nun aber die Frage, ob die Grundrechte wirklich subjektive Rechte sind, noch keineswegs entschieden.

4. Rehm[1]) stützt dieselbe These mit einer besonderen Begründung. Er beginnt seine Beweisführung mit der Konstruktion eines besonderen Begriffes, eines „Mitteldings zwischen Recht und Nichtrecht", der sogenannten Befugnis. Im Gegensatz zum rechtlich bedeutungslosen Wollen habe die Befugnis mit dem subjektiven Rechte das vom Rechte verliehene Wollendürfen gemeinsam, jedoch unterschieden sich subjektives Recht und Befugnis wiederum durch die individuelle Ausgestaltung[2]); das subjektive Recht sei die individualisierte Willensmacht, der Befugnis hingegen, als einem „ius minus plenum", fehle die positivrechtliche Ausgestaltung.

Schon hier muß nun bemerkt werden, daß Rehm mit der Konstruktion dieses Begriffes, des Fundamentes seiner Beweisführung, in der Literatur keine Anhänger gewonnen hat. Mit Recht betonen Jellinek[3]), Laband[4]) und Seydel[5]), daß die Befugnis entweder eine Rechtsbefugnis, das ist die Ausübung eines Rechtes, oder die natürliche Befugnis, das ist eine vom Recht nicht untersagte Ausübung der natürlichen Handlungsfähigkeit sein könne. „Die Aufhebung von Verboten, — so führt Laband[6]) aus — welche bestimmten Äußerungen der natürlichen Handlungsfähigkeit im früheren

---

[1]) In seiner in der Einleitung genannten Schrift.

[2]) Individualisierung ist nach Merkel, Jur. Enzyklopädie § 5, 16ff. die Ausgestaltung des Rechtes durch Bestimmungen hinsichtlich der Entstehung, des Fortbestandes, der Begrenzung und Geltendmachung der rechtlichen Willensmacht.

[3]) System der subjektiven öffentlichen Rechte.

[4]) cf. unten.

[5]) cf. unten.

[6]) 4. Aufl. des Reichsstaatsrechts Bd. 3/4, S. 195 Note 1.

Rechte entgegenstanden, macht dieselben zwar aus unbefugten zu befugten, ändert aber die Quelle nicht, aus welcher die Befugnis herstammt, auch wenn die Negation des Verbotes in eine positive Wortfassung gekleidet ist."

„Eine derartige Befugnis — so argumentiert Rehm weiter — setzt § 1 Abs. I erster Halbsatz der RGO fest: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet"; denn der dort allgemein begründeten Pflicht jeder Privatrechtspersönlichkeit, Störungen gewerblicher Handlungen anderer Privatrechtssubjekte zu unterlassen, sowie der dort begründeten Pflicht des verwaltenden Staates, Störungen gewerblicher Rechtshandlungen der seiner Gewalt unterworfenen Rechtssubjekte zu unterlassen, entspreche eine Befugnis in doppelter Richtung, die Befugnis gegen jedes Privatrechtssubjekt sowie gegen den Staat in seiner verwaltenden Funktion (S. 17 ff.). Während nun die privatrechtliche Befugnis, um als subjektives Recht zu gelten, einer weiteren Ausgestaltung nicht bedürfe, ihr Bestand auch nicht durch den nur polizeiliche Zwecke im Auge habenden Erlaubnisvorbehalt berührt werde, bedürfe die Befugnis gegenüber dem verwaltenden Staate, um als subjektives Recht gelten zu können, der Individualisierung. Als individualisierende Normen seien aber die in Reichs- und Landesgesetzen befindlichen Vorschriften zu erachten, daß der Gewerbebetrieb weder durch richterliche noch durch administrative Entscheidung untersagt werden könne und die eventuell statthabende Untersagung nur auf Grund bestimmter gesetzlicher Tatbestände und nur in gesetzlich geordnetem Verfahren erfolgen dürfe. (S. 25). Die Entstehung der öffentlichen Gewerbsberechtigung

sei aber in den konzessionspflichtigen Fällen von der Erlaubnis abhängig (S. 28).

Rehm macht bei dieser Entwickelung einen Fehler, indem er die Befugnis durch den § 1 GO entstehen läßt und hierauf seine ganze Konstruktion aufbaut, übersieht er, daß kraft der in § 1 GO auch enthaltenen Verbotswirkung diese Befugnis für die hier in Betracht kommenden konzessionspflichtigen Gewerbe wiederum beseitigt ist. Was Rehms Ausführungen dagegen auszeichnet, ist die Tatsache, daß in ihnen der erste Versuch gemacht wird, die Befugnis zum Gewerbebetrieb zum erstenmale unter die einzelnen Begriffsmerkmale des subjektiven öffentlichen Rechtes zu subsumieren. Dazu bedurfte es allerdings einer Klarstellung des Begriffes des subjektiven öffentlichen Rechtes. Nun ist aber gerade erst in neuerer Zeit der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes einer eingehenden Untersuchung in der Literatur unterzogen; wenn nun in Wahrheit Befugnis und Normenschutz die beiden Wesensmomente des subjektiven öffentlichen Rechtes sind, so darf der Rehmsche Nachweis, der sich gerade nach diesen beiden Richtungen bewegt, nicht ohne Anerkennung bleiben. Ob nun aber die festgestellten Rechtswirkungen des Konzessionsaktes in Wirklichkeit unter den Begriff des subjektiven Rechts eingereiht werden können, bedarf unten noch der näheren Erörterung.

5. v. Laun[1]) sucht neuerdings sowohl für die konzessionierten wie nichtkonzessionierten Gewerbe im österreichischen Rechte den subjektivrechtlichen Cha-

---

[1]) Wiener staatswiss. Studien von Bernatzik und Philippovich herausgegeben, 7. Bd., 3. Heft, S. 24 ff., 85 ff.

rakter der Gewerbebefugnis nachzuweisen. Ein subjektives Recht liegt nach Laun dann vor, „wenn die Rechtsordnung einen menschlichen Zweck, ein menschliches Interesse, ein Individualinteresse durch Anerkennung einer Willensmacht schützt. Eine derartige Willensmacht gibt die Rechtsordnung dem Individuum, wenn sie ihm die Macht gibt, ein bestimmtes Verhalten von der Behörde zu verlangen". Subjektive Rechte seien aber nicht nur dann vorhanden, wenn dem Individuum die Rechtsbeschwerde, sondern überhaupt prozessuale Rechte im Verwaltungsverfahren eingeräumt seien. Beide Wesensmomente des subjektiven Rechtes seien aber bei der Gewerbebefugnis für das österreichische Recht gegeben. Der hier gegebene Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes scheint zu weit gefaßt, insbesondere ist nicht in diesen Begriff das Moment der Durchsetzbarkeit und Erzwingbarkeit aufgenommen, was unten näher auszuführen sein wird.

Gegenüber Rehms und Launs Ansicht ist nach genauerer Fixierung des Begriffes des subjektiven öffentlichen Rechtes die Fragestellung dahin zu präzisieren: Welches sind die Rechtswirkungen der Konzession und entsprechen diese Rechtswirkungen dem Begriffe des subjektiven Rechtes?

6. Das Resultat der vorgenannten Ansichten wird gebilligt von Ulbrich[1]), Radnitzky[2]), Luthardt[3]), sowie von verschiedenen Praktikern: Schenkel[4]), Schicker[5]).

---

[1]) Grünhuts Zeitschrift 9, 28[4].

[2]) Parteiwillkür im öffentl. Rechte, S. 46.

[3]) Blätter für admin. Praxis 39, 24.

[4]) Kommentar zur GO., I., 94.

[5]) Kommentar zur GO., I., 97.

Auch Landmann[1]) scheint auf obigem Standpunkte zu stehen. Er unterscheidet zwischen der Befugnis, ein jedes Gewerbe zu beginnen, und dem Rechte, ein bereits begonnenes Gewerbe weiterzubetreiben. Letzterem spricht er den Charakter eines subjektiven öffentlichen und privaten Rechtes zu, dagegen ersterer ab. Durch diese Konstruktion wird eine Unklarheit geschaffen bezüglich des Entstehungsgrundes des „Gewerberechts". Ist das Recht zum Gewerbebetrieb einmal entstanden, dann kann nur noch in tatsächlichere Hinsicht ein Unterschied zwischen Beginn und Weiterbetrieb gemacht werden. Denn wann sollte dann das Recht zum Weiterbetriebe entstehen?

In der Rechtsprechung stehen folgende Entscheidungen auf dem subjektivrechtlichen Standpunkte:

Urteil des Reichsgerichts, Reger 7, 155.

Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts, Reger 8, 190.

Entscheidung des bayer. VGH, Reger 1, S. 234 (2, 144).

Erlaß des preuß. Minist. d. Innern, Reger 5, S. 157.

Weitere Entscheidungen sind in dem Kommentar zur GO von Landmann-Rohmer aufgeführt.

§ 3.

B. „Die Konzession ist Beseitigung rechtlicher, der Gewerbefreiheit entgegenstehender Schranken."

Dieser Ansicht sind im allgemeinen diejenigen Schriftsteller, welche den Freiheits- und Grundrechten den subjektivrechtlichen Charakter absprechen.

---

[1]) Kommentar zur GO., 5. Aufl., München 1907, I., S. 47.

1. Laband[1]) hält die Grundrechte nicht für Rechte im subjektiven Sinn; „die Freiheits- oder Grundrechte sind Normen für die Staatsgewalt, welche dieselbe sich selbst gibt, sie bilden Schranken für die Machtbefugnisse der Behörden, sie sichern dem einzelnen seine natürliche Handlungsfreiheit in bestimmtem Umfange, aber sie begründen nicht subjektive Rechte der Staatsbürger. Sie sind keine Rechte, denn sie haben kein Objekt".

Können nun nicht auch unkörperliche Gegenstände Rechtsobjekte[2]) sein?

Will man denn überhaupt, so ungefähr führt Gierke[3]) aus, „wenn man von einem Rechte der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Preßfreiheit, der Versammlungsfreiheit u. s. w. redet, damit das Recht auf Vornahme gewisser Handlungen als Grundrecht bezeichnen, sondern nicht vielmehr das mit der Mitgliedschaft im Staate gleichzeitig gesetzte Recht, vom Staate die Anerkennung des fraglichen Kreises von Handlungen als eines nichtstaatlichen Gebietes individueller Betätigung und folgeweise die Unterlassung störender Eingriffe in diese dem gemeinheitlichen Nexus entzogene Freiheitssphäre zu fordern."

Von der oben geschilderten Grundauffassung folgert nun Laband[4]) weiter: „Gewerbefreiheit ist kein

---

[1]) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4 Aufl., I., 138; Deutsches Reichsstaatsrecht in „Das öffentliche Recht der Gegenwart", 1907, 43 Anm. 1.

[2]) Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 3. Aufl., Jena 1900, I., 127, 144.

[3]) Jahrbuch für Gesetzgebung im deutschen Reiche, VII (1883), 1133.

[4]) a. a. O. S. 195.

Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit". „Die natürliche Handlungsfähigkeit bleibt die Quelle, aus welcher die „Befugnis" herstammt, auch wenn die Negation des Verbotes sich in eine positive Wortfassung einer Erlaubnis einkleidet."

Da nach Laband die Grundrechte niemals subjektive Rechte sein können, bleibt folgerichtig auch die Möglichkeit, ob die durch die Erlaubnis gewährte Rechtsposition den Begriff eines subjektiven Rechtes ausmachen kann, unberührt.

2. Nach Seydel[1]) „kann jeder kraft seiner Handlungsfreiheit außer vielen anderen Dingen auch jedes beliebige Gewerbe treiben. Dies ist an sich kein Recht. Es wird zu einem solchen Rechte auch dadurch nicht, daß bei gewissen Gewerben und unter gewissen Voraussetzungen, welche mehr oder minder scharf umschrieben sind, die Verwaltungsbehörde die Handlungen des Individuums polizeilich beschränken kann, sei es durch Verbot, ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, sei es in anderer Weise. Die wirkliche Verhängung solcher Beschränkungen enthält keine Aberkennung eines Rechtes auf Gewerbebetrieb, welche mit Rechtskraft für alle Zeiten wirken würde; sie enthält nur den Ausspruch, daß das polizeiliche Hinderungsrecht unter den damaligen Verhältnissen der Betätigung der Gewerbefreiheit entgegenstände. Und umgekehrt, kann der obrigkeitliche Ausspruch, daß ein gesetzlicher Grund nicht vorliege, jemanden den

---

[1]) Bayer. Staatsrecht III, 410.

Betrieb eines Gewerbes zu versagen, auch wenn der Ausspruch in die bejahende Form der Genehmigung sich kleidet, nicht ein besonderes Gewerberecht erzeugen. Was wäre denn auch für ein Unterschied zu machen zwischen dem nichtkonzessionierten Speisewirt und dem konzessionierten Gastwirte? Es fehlt am Inhalte für ein solches Recht[1])!"

Wer die Grundrechte für objektive Rechtsnormen hält, kann gegen die Seydelsche Konstruktion nichts einwenden. Nur mit der Behauptung, die Grundrechte sind oder können subjektive Rechte sein, kann seine Beweisführung ihres festen Ausgangspunktes beraubt werden. Daß Seydel aber die Grundrechte nur für objektive Rechtsnormen hält, beweisen außer den obigen Ausführungen auch weitere Äußerungen[2]): „Diese angeblichen Rechte sind „Normen" des Handelns der Regierungsgewalt" (Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht I, 2. Aufl., Göttingen 1883, § 87 Anm. 1, S. 406). „Ihre Bedeutung ist geschichtlich zu erklären. Sie bezeichnen die Tatsache, daß früher einmal etwas verboten war, was jetzt erlaubt ist."

3. Nach Otto Mayer[3]) sind derartige Freiheitsbeschränkungen wie die Gewerbekonzession „Polizeiverbote mit Erlaubnisvorbehalt". „Die Erlaubnis bedeutet nur die Wiederherstellung der Freiheit, sie hat keinen eigenen Inhalt Sie gibt dem Empfänger

---

[1]) Diese Ansicht wird auch in dem von Dr. Karl Ludwig Schecher neubearbeiteten Seydelschen Gewerbepolizeirecht des deutschen Reiches, Tübingen 1910, S. 7ff., bes. S. 11 vertreten.

[2]) a. a. O. I., 558ff.

[3]) Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1895, I., S. 168, 171, 235, 326.

nichts Neues hinzu, was er ohnedies hat[1])". Hat Mayer somit einen positiven Inhalt der Erlaubnis verneint, glaubt er nun, ähnlich wie Seydel, den negativen Inhalt in der Aufhebung der Verbotsnorm zu finden. „Die[2]) Erteilung der Erlaubnis macht das allgemeine Verbot unwirksam für diesen Fall und stellt für ihn die Freiheit her, wie sie ohne das Verbot bestünde. Sie wirkt nur gegen dieses Verbot. Der Empfänger hat also durch diese Erlaubnis keine Sicherheit gegen polizeiliche Eingriffe, welche auf selbständiger Grundlage, unabhängig von diesem Verbote gemacht werden können." Könnte man nun aber nicht Otto Mayer entgegenhalten, daß die Ausübung eines Rechtes ebensogut wie die Betätigung der Freiheit den Gegenstand des Verbotes bilden könne? Dann würde die Erlaubnis wiederum die Ausübung des Rechtes gewähren. Sodann: Könnte nicht trotz dieser von Otto Mayer konstruierten negativen Verbotswirkung der Gesetzgeber durch besondere Normen diese sogenannte natürliche Befugnis zu einem subjektiven Rechte ausgestaltet haben?

Eine besondere Wirkung des Verbotes faßt Otto Mayer in folgenden Worten zusammen: „Der Rechtssatz, welcher das Verbot enthielt, hat sich seiner Materie bemächtigt derart, daß dieselbe durch Verwaltungsakt nicht in Widerspruch mit ihm geordnet werden kann. Zu der Ordnung, welche er auf diese Weise festlegte, gehört aber auch die auf seiner besonderen Grundlage erteilte Erlaubnis. Die gleichen polizeilichen Gesichtspunkte, welche das Verbot mit

[1]) a. a O. I., 292.
[2]) a. a. O. I., 291.

Erlaubnisvorbehalt zur Geltung gebracht hat, können deshalb gegen das erlaubte Unternehmen nicht noch einmal selbständig durch Einzelbefehl geltend gemacht werden; sie sind durch jenes Verbot erschöpft. Stellt sich das Bedürfnis eines solchen Eingriffes nachträglich heraus, so ist jenes Verbot allein dafür noch da, und das einzige Mittel, den Eingriff zu machen, besteht darin, es wieder in Bewegung zu setzen, d. h. in der Zurücknahme der Erlaubnis. Diese hat aber wieder ihre besonderen Voraussetzungen[1])".

v. Laun[2]) betrachtet diese Wirkung als einen Ausdruck des Prinzips der Konsumption der Zweckmäßigkeitserwägung, indes wird aber wohl angenommen werden müssen, daß das nur eine Folge der besondern gesetzlichen Regelung der Zurücknahmevoraussetzungen ist.

4. Nach Jellinek[3]) „erweitert die behördliche Konzession niemals die natürliche Handlungsfreiheit, sondern sie hebt nur für konkrete Personen das Verbot auf, sie zu betätigen. Die Konzession kann bedingt sein durch das Vorhandensein persönlicher Qualitäten oder verknüpft sein mit der Innehabung einer Sache, (als Eigentümer, Besitzer, Pächter), daher sachlich gebunden." Im Gegensatze zu dieser Umschreibung des negativen Inhalts der Konzession untersucht er dann weiter auch die Möglichkeit, daß der Konzession vom Gesetzgeber ein positiver Inhalt ge

---

[1]) a. a. O S. 292.

[2]) a. a. O. S. 86.

[3]) System der subjektiven öffentl. Rechte, Freiburg 1905, 2. Aufl., S. 105; Das Recht des modernen Staates, Berlin 1900, S. 403.

geben sein könnte: „Eine Erweiterung der Privatrechtsfähigkeit wird jedoch durch derartige Konzessionen nicht bewirkt. Die von Nichtkonzessionierten vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind nämlich in der Regel wenigstens nicht nichtig, sondern nur strafbar. Damit steht nicht in Widerspruch, daß unkonzessionierte Arbeiten wegen ihres Gegensatzes zur öffentlichen Ordnung vernichtet werden können. Der konzessionierte Gewerbeinhaber schließt Rechtsgeschäfte ab nicht kraft seiner Konzession, sondern kraft seiner unabhängig von der Konzession bestehenden Handlungsfreiheit, deren Betätigung zwar, aber nicht deren Dasein der staatlichen Erlaubnis unterstellt ist."

Für die Stellung, die wir zur Jellinekschen Konstruktion als negativen Inhaltes der Konzession einzunehmen haben, muß unsere Auffassung bezüglich der Natur der Grundrechte maßgebend bleiben. Nun hat aber Jellinek den Begriff des öffentlichen subjektiven Rechtes, unter welchem nach der herrschenden Meinung bisher die Grundrechte zu subsumieren waren, zum erstenmale einer besonders eingehenden Erörterung unterzogen. Insbesondere bieten für uns auch seine Darlegungen über die Unterscheidung zwischen subjektivem Rechte und Reflexrecht[1]) besonderes Interesse. Ersteres entstehe durch Anerkennung eines individualisierten Rechtsschutzanspruches für die in Rede stehenden Verhältnisse zwischen Individuum und Staat, letzteres sei vorhanden, wo durch die Natur der Sache oder durch Versagung des Rechtsschutzes ein Individualanspruch ausgeschlossen sei. Dieser formellen Unterscheidung stellt er folgende materielle entgegen:

---

[1]) a. a. O. S. 65.

das subjektive Recht konstatiere ein von der Rechtsordnung ausdrücklich oder implicite anerkanntes Individualinteresse. das Reflexrecht nicht. Das Kriterium für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechtes bestehe darin, daß dem Individuum die Fähigkeit gegeben sei, Normen des öffentlichen Rechtes in seinem Interesse in Bewegung zu setzen. Verwische man diesen Unterschied, so werde die Lösung der Frage unmöglich, warum dieser angebliche Reflex derart individualisiert werden könne, daß nur der konkret bestimmten Einzelperson Ansprüche zuständen.

Jellinek gibt uns mit dieser Untersuchung ein wertvolles Hilfsmittel in die Hand, kraft dessen wir den negativen Inhalt der Konzession, besonders gegenüber den bisherigen Theorien, genau umgrenzen können.

Aber auch hinsichtlich der Bestimmung des positiven Inhalts der Konzession finden wir in Jellineks Werken wertvolle Gedanken. Nach ihm ist subjektives öffentliches Recht das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse. Darin liegt ein materielles Element: ein Gut (im objektivem Sinne) oder Interesse (im subjektivem Sinn), und ein formelles Element: eine von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte menschliche Willensmacht. Vom privaten subjektivem Recht unterscheidet sich das öffentliche — 1. formell dadurch, daß ersteres von vornherein existiert und ausgeübt werden kann, während letzteres nicht von vornherein da ist, sondern erst vom Staate geschaffen werden muß, um ausgeübt werden zu können; 2. materiell dadurch, daß das öffentliche subjektive Recht nicht im individuellen, sondern im gemeinen, aus der glied-

lichen Stellung des Individuums zum Staate fließenden Interesse anerkannt ist.

Privates subjektives Recht ist ein Interesse, zu dessen Realisierung ein Wollendürfen verliehen wird, öffentliches subjektives Recht ist ein Interesse, welches durch Gewährung des Wollenkönnens geschützt ist.

Im Gegensatze zum privaten subjektivem Recht kann das öffentliche nicht von der Person seines Trägers getrennt werden, ohne daß dessen Persönlichkeit vermindert würde. Nur als Staatsglied ist der Mensch Persönlichkeit, der Staat schafft die Persönlichkeit. Dieselbe ist kein Recht, sondern eine das Individuum schaffende Relation desselben zum Staat: ein Zustand. Soweit das Individuum dem Staate unterworfen ist, ist es keine Persönlichkeit, sondern Pflichtsubjekt. Nun ist aber die staatliche Herrschaft eine solche über Freie: der Staat erkennt die Persönlichkeit der Individuen an und schränkt sich dadurch selbst ein. Dies tut er in doppelter Weise: einmal negativ, indem er die Grenzlinie zwischen sich und dem Individuum zieht, also eine staatfreie Sphäre des Individuums enerkennt; sodann positiv, indem er dem einzelnen die rechtliche Fähigkeit beilegt, die Staatstätigkeit in Anspruch zu nehmen, indem er also dem Individuum rechtliche Forderungen an den Staat zuerkennt.

Der so durch seine Staatsangehörigkeit mehrfach qualifizierte Mensch wird das Subjekt der aus diesen Zuständen sich ergebenden Ansprüche, der sogenannten subjektiven öffentlichen Rechte. Das Individuum steht demgemäß in einem vierfachen Statusverhältnisse; die uns interessierenden sind:

a) Der negative Status ist der Status der Freiheitssphäre; innerhalb derselben soll das Individuum von staatlicher Einwirkung frei bleiben. Die nähere Umgrenzung dieser Sphäre ist Aufgabe der Grundrechte. Verwirklicht wird dieser Zweck durch Verbote gegenüber der Gesetzgebung oder durch Gebote, bestimmte Prinzipien zu grunde zu legen. Damit besitzt das Individuum aber noch keinen irgendwie gearteten Anspruch, z. B. auf den Erlaß solcher Gesetze; die damit geschaffene Rechtswirkung ist nur Reflexwirkung des objektiven Rechtes. Die Freiheiten des Individuums sind aber gesetzlich eingeschränkt, die Ausübung der Grundrechte ist gesetzlich zu regeln. Hiernach soll das Individuum zu keiner gesetzwidrigen Leistung herangezogen werden, und hat demnach einen auf Anerkennung seiner Freiheit basierten Anspruch auf Unterlassung und Aufhebung der diese Norm überschreitenden obrigkeitlichen Befehle.

Geschützt wird der negative Status dadurch, daß dem Individuum ein Anspruch auf Anerkennung zusteht und den Behörden jede Störung verboten ist. Dieser Anspruch gehört wie jeder auf ein bestimmtes staatliches Verhalten zum positiven Status. Durch diese Möglichkeit, rechtliche, im Individuum lokalisierte Ansprüche zu erzeugen, unterscheidet sich der negative Status wesentlich von einer blosen Reflexwirkung objektiven Rechtes: Ein durch Rechtsmittel verfolgbarer Anspruch kann niemals blos Reflexrecht sein. Wäre nur objektives Recht vorhanden, so würde dem Individuum nur die Anzeige an die höhere Behörde oder die Verwaltungsbeschwerde offen stehen.

b) Ansprüche an die Tätigkeit des Staates erhält das Individuum dadurch, daß im Falle des Zusammen-

treffens individueller Interessen mit gemeinen Interessen der Staat erstere als solche anerkennt. Dadurch wird die Mitgliedschaft am Staate zu einem – außer verpflichtenden auch — berechtigenden Zustande. Der dem Individuum zugute kommende Inhalt der Staatsangehörigkeit zerfällt in Reflexwirkungen objektiven Rechts und in rechtliche Ansprüche. Das Kriterium zur Unterscheidung beider Wirkungen der Staatsangehörigkeit für das Individuum ist, ob letzterem Rechtsmittel zur Realisierung seiner Forderungen an den Staat gegeben sind oder nicht. Inhalt der Forderung des Individuums ist entweder Leistung oder Anerkennung. Auf Anerkennung geht ein sehr großer Teil der Ansprüche deshalb, weil alle öffentlich rechtliche Ansprüche des Individuums auf Zuständen, nicht auf Rechten beruhen; solche können nur anerkannt werden.

Ob nun aber die Rechtslage des Konzessionierten die von Jellinek geforderten Begriffsmerkmale des subjektiven öffentlichen Rechtes an sich trägt, wird Aufgabe unserer Untersuchung sein.

5. Weitere Vertreter dieser Anschauung sind Gerber [1]) und Richard Schmidt. [2])

Hinsichtlich der Rechtswirkung des § 1 GO steht das preußische Oberverwaltungsgericht neuerdings auch auf dem unter B vorgetragenen Standpunkte, hinsichtlich der Konzessionswirkung auch der bayerische Verwaltungsgerichtshof (cf. Einleitung).

---

[1]) Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, § 11; über öffentl. Rechte S. 77 ff.

[2]) Prozeßrecht und Staatsrecht 22, 23.

§ 4.

C. „Die Konzession ermöglicht die Ausübung des Rechts auf den Gewerbebetrieb, eines subjektiven öffentlichen Rechtes."

Löning [1]) und Gluth [2]) gehen in ihrer Konstruktion einen besonderen Weg. Gemeinsam ist ihren Ansichten, daß dem Konzessionierten schon kraft § 1 GO ein subjektives öffentliches Recht auf den Gewerbebetrieb zustehen soll, dieses Recht aber erst durch die Konzession ausübungsfähig wird, nach Löning durch die Gewährung eines unselbständigen Ausübungsrechtes, nach Gluth durch den Eintritt einer Bedingung. Entstehungsgrund des subjektiven Gewerberechts ist hienach also nicht die Konzession, sondern die Norm des § 1 GO. Es wäre deshalb auch unrichtig, diese beiden Ansichten, wie dies Rehm (S. 12) tut, den Vertretern der sogenannten subjektivrechtlichen Theorie zuzählen zu wollen; nur hinsichtlich des § 1 GO vertreten sie den subjektivrechtlichen Standpunkt. Aber auch ebenso unrichtig wäre es, sie den Vertretern der objektivrechtlichen Theorie beizählen zu wollen, wie dies bezüglich Gluth, Landmann (S. 45) tut. Denn wenn diese Vertreter dem Konzessionsakte einerseits die Aufhebung der Verbotswirkung zuschreiben, so legen sie doch andererseits der Konzession einen positiven Inhalt bei, wenn sie diese Wirkung in Beziehung zu einem subjektiven Rechte setzen. Denn zum mindesten wird

[1]) Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 11, 12, 16, 242.

[2]) Archiv für öffentl. Recht, III., 569.

der Konzession die Gewährung von Rechtsschutz zugesprochen. Was wäre nun aber ein subjektives öffentliches Recht ohne Rechtsschutz?

1. Nach Löning[1]) „erkennt der Rechtsstaat allen Menschen Persönlichkeit zu, d. h. die Eigenschaft, vermöge derer der Mensch auf dem Rechtsgebiete als freies Wesen anzuerkennen und zu schützen ist. Die damit anerkannte Freiheit des Menschen ist das Recht, seinen Willen in rechtlicher Unabhängigkeit von dem Willen anderer Menschen zu betätigen. Indes ist das Recht der Freiheit, wenn auch unveräußerlich, so doch kein Recht der absoluten Freiheit. Es wird von der Rechtsordnung im Interesse der natürlichen Gemeinschaften, welchen der Mensch angehört, d. h. im Interesse der Familie und des Staates beschränkt, allerdings nur aufgrund eines Rechtssatzes, da wir im Rechtsstaate leben. Ein derartiger Rechtssatz ist die den Konzessionszwang aufstellende Norm, da sie die Ausübung des Rechts der Freiheit beschränkt. Das Recht zur Ausübung des Freiheitsrechtes wird durch die Erteilung der obrigkeitlichen Genehmigung gewährt."

Zunächst könnte man versucht sein zu glauben, daß Löning mit diesen Worten sich auch auf den Standpunkt stellte, daß die Konzession ein subjektives Recht gewähre, daß er nur dieses Recht anders benennt. Dem ist aber nicht so. Denn das Recht zur Ausübung ist nach Löning kein selbständiges Recht, sondern nur eine Äußerung des sogenannten Freiheitsrechts[2]) Löning konstruiert also den Inhalt

[1]) a. a. O. S. 12.
[2]) a. a. O. S. 12.

der Konzession rein negativ, als Beseitigung des Ausübungsverbotes des Freiheitsrechtes. Ist aber eine derartige Konstruktion von seinem Standpunkte aus möglich? Kann es ein subjektives öffentliches Recht geben, bei dem zeitweise das Charakteristikum des subjektiven öffentlichen Rechtes, der Normenschutz, fehlte? Wohl ist dies beim Privatrechte möglich, indem zeitweise die Rechtsausübung ausgeschlossen werden kann. Es ist das eine Folge davon, daß das Privatrecht der freien Verfügung der Parteien untersteht. Nicht so aber das subjektive öffentliche Recht, soweit es sich als ein geschützter Zustand darstellt. (Vgl. die oben zitierten Jellinekschen Ausführungen.) Ist aber die Ausübungsfunktion eine untrennbare Eigenschaft des subjektiven öffentlichen Rechtes, wird diese aber erst mit der Konzession verliehen, dann wäre erst mit diesem Zeitpunkte der Entstehungstatbestand des sogenannten subjektiven Gewerberechts gegeben; insofern wäre der Konzession auch ein positiver Inhalt zuzuschreiben. Aber auch die Grundlage der Löningschen Theorie bedarf näherer Nachprüfung. Es kann hier vor allem nicht anerkannt werden, daß die Handlungsfreiheit ohne weiteres als subjektives Recht zu erachten ist; dies wird unten zu begründen sein.

2. Nach Gluth[1]) müssen die beiden Voraussetzungen der Verwaltungsklage, gesetswidrige Verfügung und Verletzung eines subjektiven Rechtes, da beide Begriffe sich nicht decken, auf verschiedene Rechtsnormen gestützt werden können. Ein subjektives Recht habe der Gesetzgeber nur überall da

[1]) cf. oben!

begründen wollen, wo in Rücksicht bestimmter Beziehungen der Verwaltung zu den Staatsbürgern der Rechtssatz speziell ausgesprochen sei, daß Eingriffe der Verwaltung in die Sphäre des Einzelnen innerhalb eines bestimmten Gebietes nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zulässig sein. In § 1 Abs. I RGO sei ein solcher Rechtssatz aufgestellt. In dieser Gesetzesstelle sei der Rechtssatz mitenthalten, daß die Verwaltung zu Eingriffen in die Sphäre des Einzelnen gesetzlicher Ermächtigung bedürfe. Und hierauf basiere der Anspruch, durch nichtgesetzliche Verwaltungsverfügungen an der Betätigung der Willensfreiheit auf gewerblichem Gebiete nicht gehindert zu werden.

Diese Grundlage der Gluthschen Ansicht wird von Rehm (S. 16) mit Recht durch folgende Fragestellung kritisiert: „Kann lediglich aus dieser Norm eine Absicht des Gesetzgebers abgeleitet werden, ein subjektives Recht der einzelnen anzuerkennen? Schafft dieser Rechtssatz eine „Herrschaft“ des Willens des einzelnen Individuums über den Willen der Verwaltung, eine „Gebundenheit“ des Willens der Verwaltung durch den Willen des Individuums?“

Von obiger Grundlage aus zieht Gluth zwei Folgerungen:

1. Daß durch die Konzessionspflichtigkeit eines Gewerbes dieses subjektive Recht in keiner Weise verändert werde, da die Rechtsnorm, daß Eingriffe nur aufgrund gesetzlicher Vorschrift zulässig seien, durch eine Gesetzesbestimmung, daß dieses oder jenes Gewerbe dem Konzessionszwange unterliegen solle, nicht berührt werde, und so auch nicht das auf die erstere gegründete subjektive Recht.

2. Daß schon der Konzessionsbewerber dieses Recht gegen den verwaltenden Staat habe, wenn auch die Wirksamkeit des Rechtes noch bedingt sei.

Demgemäß konstruiert Gluth den Inhalt der Konzession negativ dahin: „als die Erklärung, daß dem beabsichtigten Handeln das durch das objektive Recht der Behörde zur Wahrnehmung überwiesene öffentliche Interesse nicht entgegenstehe.“ (S. 588, 597, 604, 621.) Da Gluth nun aber diese negative Wirkung in Beziehung zu dem trotz Ausübungsverbote als fortbestehend erachteten subjektiven Gewerberecht setzen muß, muß er der Konzession weiterhin noch einen positiven Inhalt geben: Die Stellung des Antrags auf Genehmigungserteilung sei eine Form der Ausübung jenes individuellen Freiheitsrechtes (S. 608).

In Wahrheit könnte man auch nach Gluths Ansicht das subjektive Recht erst mit dem Ausübungsrechte als vorhanden ansehen; es muß hier gelten, was gegen Löning gesagt wurde: das Ausübungsrecht kann nicht vom subjektiven öffentlichen Rechte getrennt werden! Daß aber in Wahrheit durch § 1 GO ein subjektives Recht nicht eingeräumt ist, bedarf unten noch der näheren Untersuchung.

§ 5.

II. Der Lösungsversuch.

A. Allgemeines.

In § 1 RGO bestimmt der Gesetzgeber: Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. In ge-

wissen, vom Gesetzgeber bestimmten Fällen ist also der Gewerbebetrieb nicht jedermann gestattet, sondern von dem Nachweise besonderer Voraussetzungen, so z. B. von der Erteilung der Konzession abhängig. Die Grundlage der Erlaubnis ist somit ein Verbot:[1]) Das Verbot, das erlaubnispflichtige Gewerbe ohne Erlaubnis zu betreiben. Der erste Zweck der Erlaubniswirkung muß es nun sein, die Verbotswirkung zu beseitigen: es soll damit aber nicht gesagt sein, daß sich die Erlaubniswirkung in der Aufhebung der Verbotswirkung erschöpfen müßte. Soll nun die Beseitigung der Verbotswirkung, diese sogenannte negative Erlaubniswirkung genau bestimmt werden, so ist zunächst die Verbotswirkung, Inhalt des Verbots und Übertretungsfolgen des Verbots, genau festzulegen. Ergibt sich hiebei, daß das Verbot ein subjektives öffentliches Recht versagt, weil es der Gesetzgeber in den sonstigen Fällen (Regelfällen) gewährt, oder daß es die Ausübung eines schon bestehenden oder gleichzeitig entstehenden subjektiven Rechtes untersagt, weil der Gesetzgeber in den Regelfällen die Ausübung eines schon bestehenden oder erst geschaffenen Rechtes gewährt, dann muß die Erlaubniswirkung in der Gewährung eines subjektiven Rechtes beziehungsweise in der Gewährung der Ausübung eines subjektiven Rechtes bestehen. Ergibt sich aber, daß die Verbotswirkung in der bloßen Untersagung der Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit besteht, dann muß die Erlaubniswirkung zunächst in der Gestattung der Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit bestehen.

[1]) cf. auch § 147 GO., der eine diesbezügliche Strafbestimmung festsetzt.

Es wäre damit aber noch nicht die Möglichkeit untersucht, daß der Gesetzgeber die Erlaubnis zum selbständigen Entstehungsgrunde eines subjektiven öffentlichen Gewerberechts gemacht hätte. Die Rechtslage des Konzessionierten müßte dann durch die Konzession und die damit eintretenden Rechtswirkungen so vom Gesetzgeber ausgestaltet sein, daß sie die Begriffsmerkmale des subjektiven öffentlichen Rechtes an sich tragen müßte. Die positive Inhaltsbestimmung der Konzession hat sich also zur Aufgabe zu setzen:

1. Die Festlegung der Unterschiede zwischen der Rechtslage des nichtkonzessionierten Konzessionspflichtigen und der Rechtslage des konzessionierten Konzessionspflichtigen.

2. Die Subsumtion der durch die Konzession gegewährten Rechtslage unter den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes.

§ 6.

B. Der negative Inhalt der Konzession.

1. Der Inhalt des Verbotes.

§ 1 GO normiert ein Dreifaches: eine Gestattung, ein Verbot, ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Der Inhalt der Verbote ist ein verschiedener, je nachdem man den Inhalt der Gestattung auffaßt. Ist die Gestattung die Gewährung eines subjektiven Gewerberechts, dann ist der Inhalt des Verbotes eine Rechtsversagung oder die Versagung seiner Ausübung in den bestimmten Fällen. Ist die Gestattung die gesetzliche Anerkennung eines schon früher bestehenden subjektiven Gewerberechts, so ist der Inhalt des Verbotes die Versagung seiner Ausübung. Will die

Gestattung[1]) „gegen die Vergangenheit hin die Aufhebung von bestehenden Beschränkungen der natürlichen Handlungsfreiheit des Menschen auf gewerblichem Gebiete bezeichnen, gegen die Zukunft hin eine objektiv rechtliche Schranke für Störungen dieser Handlungsfreiheit durch den verwaltenden Staat aufrichten", dann bedeutet das Verbot die Untersagung der Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit. Mit anderen Worten: Der Gegenstand der Verbots- und Gestattungsnorm ist derselbe; also entweder Regelung des Rechts zum Gewerbebetrieb oder des Ausübungsrechtes oder Regelung der Betätigung der Handlungsfreiheit.

§ 7.

a) Das Verbot, eine Rechtsversagung?

Positiv gestellt, lautet die Frage: Setzt die Gestattungsnorm des § 1 GO ein subjektives öffentliches Recht auf den Gewerbebetrieb fest?

Eine Ansicht[2]), die früher die weitaus größte Zahl der Meinungen auf sich vereinigte, bejahte diese Frage in folgender Schlußfolgerung: Das Recht auf Gewerbefreiheit ist ein sogenanntes Grundrecht; Grundrechte sind subjektive öffentliche Rechte, also ist das Recht auf Gewerbefreiheit ein subjektives öffentliches Recht. Der Satz, daß Grundrechte subjektive öffentliche Rechte seien, wird hiebei, wie oben[3]) dargelegt, damit begründet, daß die Grundrechte zunächst zwar

[1]) Rehm, l. c. S. 11.

[2]) Eine ausführliche Darstellung der Ansichten findet sich bei Giese, „Die Grundrechte", Tübingen 1905.

[3]) cf. I. Abtlg.!

objektive Rechtsnormen seien, um die Staatsgewalt zu beschränken, daß diese Rechtsnormen dem Staatsbürger aber gleichzeitig subjektive öffentliche Rechte verleihen, die sich dem Staate gegenüber als gesetzliche Selbstbeschränkungen darstellen[1]).

Eine andere Ansicht verneint die subjektivrechtliche Natur der Grundrechte. Die Ansichten der Hauptvertreter und ihre Begründungen sind oben dargestellt.

Eine dritte Ansicht[2]) vereinigt beide Gesichtspunkte und sagt, daß die Grundrechte im allgemeinen zwar objektive Rechtsnormen seien, daß sie aber durch besondere Normen zu subjektiven öffentlichen Rechten erhoben sein könnten.

Letztere Ansicht scheint die richtige zu sein, denn in richtiger Weise wird hier der von Jellinek näher erforschte Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes zu Grunde gelegt.

§ 8.

Der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts.

Zunächst ist von der Feststellung auszugehen, daß alle Rechte von der Rechtsordnung verliehen sind, da die Rechtsordnung das primäre, die Rechte das sekundäre Gebilde sind. Was Recht ist, bestimmt

[1]) cf. Zoepfl, Grundsätze des allgem. und deutschen Staatsrechtes, 4. Aufl., Heidelberg und Leipzig 1855, § 6, 52. — G. Meyer, l. c. § 213, S. 714. — v. Stengel, l. c. S. 367. — Loening, Verw.-Recht, S. 8. — Gierke, Jahrbuch für Gesetzgebung im deutschen Reich VII, 1132. — Bluntschli, Allgem. Staatsrecht, S. 603; Gareis; Marquardsens Handbuch I, 91; 120 u. a. m.

[2]) Giese, in obigem Werke, S. 55 ff.

die Rechtsordnung, nur aus ihren Normen sind die Begriffsmerkmale des subjektiven Rechtes zu holen. Was vor der Rechtsordnung da war, sind nur tatsächliche Verhältnisse[1]). Es muß deshalb die Dernburgsche Begriffsdefinition „als Anteil an den Lebensgütern, welche der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet", von vornherein als unbrauchbar ausscheiden, da sie keine von Rechtsnormen aufgestellte Begriffsmerkmale enthält. Iherings[2]) Definition betont einseitig das „rechtlich geschützte Interesse" als das unterscheidende Merkmal des subjektiven Rechtes gegenüber dem Reflexrechte. Das Interesse mag ein Motiv des Rechtsschutzes sein und deshalb auch als materielles Element in die Definition aufgenommen werden, nicht dagegen ist es das hervorstechende Merkmal der geschützten Rechtslage, das formale Kriterium. Erst Windscheid[3]) zieht die wahren Rechtseigenschaften des subjektiven Rechtes in den Vordergrund; nach ihm ist es eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht. Diese etwas zu abstrakte Formulierung findet durch Zitelmann[4]) und Jellinek[5]) eine Richtigstellung: Man kann nicht schlechthin wollen, sondern immer nur Etwas wollen.

---

[1]) A. M. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. I: Die allgem. Lehren, Halle 1902, S. 56—58.

[2]) Geist des römischen Rechtes, III., 2. Aufl., Leipzig 1871, S. 317.

[3]) Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. bearb. von Kipp, Frankfurt 1900, § 37.

[4]) Intern. Privatrecht, Bd. I, 37.

[5]) System der subjektiven öffentl. Rechte, S. 40.

Nach Zitelmann[1]) sind die beiden Elemente des subjektiven Rechts:

1. ein auf einen Erlaubnissatz der objektiven Rechtsordnung sich stützendes „Dürfen“ der berechtigten Person oder ein auf einem Befehlssatze beruhendes „Sollen“ einer andern Person zugunsten des Berechtigten;

2. der Umstand, daß Eintritt und Durchführung staatlichen Zwanges zum Schutze dieser Rechtslage in den Willen der Person gestellt ist.

Diese Definition verwendet Jellinek für das Gebiet des öffentlichen Rechtes. Nach ihm[2]) ist subjektives Recht „das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht (formales Element) geschützte Gut oder Interesse (materielles Element)“. Die besonders wichtige Abgrenzung, die Jellinek diesem Begriffe gegenüber dem privaten subjektiven Rechte und dem Reflexrechte gegeben hat, sind oben ausgeführt (cf. I B No. 4). Der Begriff „subjektives Recht“ verlangt also:

1. einen Satz der Rechtsordnung;

2. die Norm muß im Interesse der geschützten Person, nicht in dem zufällig mit diesem Interesse übereinstimmenden Interesse des die Rechte Verleihenden gesetzt sein;

3. die Lokalisierung dieser Norm im Individuum;

4. die Durchsetzbarkeit und Erzwingbarkeit dieser Norm gegenüber dem Verpflichteten.

---

[1]) a. a. O. I, S. 37.

[2]) System der subjektiven öffentl. Rechte, S. 40.

§ 9.

Sind die Grundrechte subjektive Rechte?

Unbestritten ist es, daß die Grundrechte vom Staate zunächst durch Setzung objektiver Rechtsnormen geschaffen wurden, um bestimmte Rechtsgüter (Unverletzlichkeit, Gleichheit, Freiheit) der Untertanen zu schützen. Die Einhaltung der durch diese „Selbstbeschränkungen" gezogenen Grenzen hat der Staat sich damit zur eigenen Aufgabe gestellt.

Bei der Nachforschung nach den übrigen Begriffsnormen ist zunächst festzustellen, daß die Grundrechte in materieller Hinsicht Individualinteressen schützen; denn die Schutzobjekte sind durchweg Güter der Individuen, nicht des Staates, und erst mittelbar, nämlich insofern, als der Staat an dem Wohlergehen seiner Mitglieder beteiligt ist, wird auch sein Interesse geschützt." [1])

Ist nun aber auch immer die Durchführung dieses individuellen Interessenschutzes dem Individuum überlassen? Oder wie Giese [2]) frägt: „Hat sich die Rechtsordnung dieser Norm entäußert und sie dem Begünstigten zur freien Verfügung überlassen?" Mit Giese ist diese Frage zu verneinen. „Keinesfalls wird der Staat untätig bleiben und die Initiative des betreffenden Individuums abwarten, wenn z. B. seine Behörden jenes Individuums Persönlichkeit, Wohnung, Briefgeheimnis, Eigentum verletzt, wenn sie ihn vor seinen Standesgenossen zurückgesetzt, seinem gesetzlichen Richter entzogen, wenn sie die Freiheit seiner

[1]) cf. auch Giese l. c. S. 72.

[2]) cf. auch Giese l. c. S. 72.

geistigen und körperlichen Betätigung gehemmt haben. Er wird vielmehr, ganz unbekümmert um den Willen des Verletzten, die Behörden, die so seinen Imperativen zuwidergehandelt haben, ohne weiteres zur Verantwortung ziehen, zur Beseitigung der Normwidrigkeit anhalten, und nicht erst darnach fragen, ob das Individuum hiemit einverstanden sei, ob es ihn dazu ermächtige.“ „Grundrechte sind deshalb keine subjektiven Rechte, weil der in ihnen verheißene Schutz auch ohne Zutun, selbst gegen den Willen des geschützten Individuums stattfindet.“

Wie steht es endlich mit der Möglichkeit der Realisierung des Rechtsschutzes? Der Durchsetzung der Norm gegenüber dem Verpflichteten? Die Rechtsordnung müßte hienach die Grundrechte hinsichtlich ihrer Entstehung, ihres Fortbestandes, ihres Untergangs u. s. w. ausgestaltet haben, wenn man von einem subjektiven Rechte reden wollte. Das ist aber nur hinsichtlich einzelner Grundrechte geschehen durch Erlaß von Spezialgesetzen, z. B. Freizügigkeitsgesetz, Vereinsgesetz. Damit allein sind aber noch nicht subjektive Rechte geschaffen. Indes ist aber auch bei verschiedenen Grundrechten durch Erlaß verwaltungsrechtlicher Gesetze das Moment der Durchsetzbarkeit gegenüber dem Verpflichteten nachzuweisen, sodaß den derart normierten Grundrechten der subjektive Rechtscharakter nicht versagt werden kann. Es wird aber gerade dadurch bestätigt, daß in der Regel den Grundrechten die Natur subjektiver Rechte fehlen wird.

§ 10.

Ist das „Recht auf Gewerbefreiheit" ein subjektives Recht?

Entsprechend dem oben gewonnenen Resultate wäre nun zu folgern, daß die Gewerbefreiheit, wie dies bei den Grundrechten die Regel ist, nicht als subjektives öffentliches Recht zu erachten wäre. Es erübrigt aber noch die hier besonders zu untersuchende Frage, ob nicht durch Spezialgesetze das „Recht auf Gewerbefreiheit" derart ausgestaltet ist, wie dies bei einem subjektiven Rechte erforderlich und ob endlich dieses so ausgestaltete Recht verwaltungsrechtlich durchsetzbar ist.

Von einer unrichtigen Auffassung des Begriffes des subjektiven öffentlichen Rechtes ausgehend, betrachten nun viele den § 1 GO schon als eine genügende Grundlage für die Gewährung eines subjektiven Rechtes; hie und da glaubt man auch noch den § 143 GO zur Unterstützung dieser Behauptung anführen zu müssen. Dagegen wird meistens die verwaltungsrechtliche Durchsetzbarkeit nicht erwähnt und demgemäß von diesen Vertretern auch jedenfalls nicht als erforderlich erachtet. Entsprechend dem oben festgelegten Begriff des subjektiven Rechtes aber muß die Durchsetzbarkeit als ein wesentliches Begriffsmerkmal desselben erachtet und von diesem Standpunkte jene Ansicht als ungenügend begründet angesehen werden. In § 1 GO könnte man äußerstenfalls die Einräumung eines Begriffsmerkmals des subjektiven Rechtes, der Befugnis zum Handeln, erblicken; und diese Auslegung scheint auch durch § 143 GO, insbesondere durch den Wortgebrauch „Berechtigung" gestützt zu werden. Allein,

wenn dem auch so wäre, so wäre doch damit der Begriff des subjektiven Rechtes noch nicht gegeben; denn nur in Ausnahmefällen, wie z. B. den konzessionspflichtigen Fällen, ist das verwaltungsrechtliche Verfahren vorgeschrieben.

Aber auch aus einem andern Grunde kann das „Recht auf Gewerbefreiheit“ kein subjektives Recht, das Verbot nicht die Versagung eines subjektiven Rechtes bedeuten. Schon das Wort „Verbot“ würde recht schlecht zu dieser Bedeutung passen. Wenn die Rechtsordnung ein Individuum mit einem subjektiven Recht austattet, verleiht sie ihm ein „Handeln-Können“.[1]) Ein Versagen, ein Nichtgewähren, ein Nichtverleihen eines „Handeln-Könnens“, nicht eines „Handeln-Dürfens“, kann aber keineswegs in einem Verbote enthalten sein, das seiner Vollständigkeit halber noch mit einer Strafdrohung ausgestattet werden muß. Die Versagung des Rechts allein hätte ja genügen müssen, indem sie das Individuum zur Rechtsausübung unfähig machte. Das Vorhandensein der in § 147, Z. 1, 2, 3 GO aufgeführten Strafdrohungen ist ein durchschlagender Beweis für das Nichtvorhandensein eines subjektiven öffentlichen Rechtes.

Einer etwa dahin gehenden Behauptung, das Verbot habe die Bedeutung einer Rechtsentziehung, das Recht selbst sei nur durch die Gewerbeordnung anerkannt beziehungsweise nicht anerkannt worden, stehen obige Gründe ebenfalls entgegen; war doch vor der Entstehung der Reichsgewerbeordnung eine Verwaltungsgerichtsbarkeit in keinem Staate Deutsch-

[1]) cf. Jellinek, l. c. oben!

lands eingeführt. Eine solche Entziehung hätte doch auch wohlerworbene Rechte berühren müssen. Endlich ist aber auch die Rechtsquelle dieses Rechtes zu fragen. Meistens werden als solche die Verfassungen der einzelnen Staaten genannt. Der Ansicht aber, daß durch eine derartige allgemeine Verheißung ohne Realisierungsmöglichkeit ein Individualrecht hätte geschaffen werden können, kann hier nicht beigetreten werden.

Hat das Verbot nicht den Charakter einer Rechtsversagung, so kann es noch weniger die Untersagung der Ausübung eines Rechts bedeuten. Denn, wenn kein Recht besteht, kann auch seine Ausübung nicht verboten werden. Aber auch abgesehen davon, ließe sich entsprechend der Rechtsnatur des subjektiven öffentlichen Rechtes im Gegensatze zum Privatrechte die Ausübungsfähigkeit nicht von den übrigen Funktionen des Rechtes trennen, ohne daß dessen Bestand in Frage gestellt wäre. Denn das subjektive öffentliche Recht ist ein Zustand[1]). Ein Zustand, der nicht ausgeübt werden kann, muß damit notwendig seinen Charakter ändern, d. h. es wird ein anderer Zustand.

Aber noch einen andern Fehler macht diese Anschauung. Allgemein wird in Übereinstimmung mit den Motiven zur Gewerbeordnung[2]) angenommen, daß § 1 GO nur die Zulassungsvoraussetzungen regeln will. Nun verlegt aber die genannte Ansicht das Schwergewicht des § 1 GO in die Regelung der Ausübungsbedingungen. Es muß doch zugegeben werden, daß das zwei verschiedene Gegenstände sind.

---

[1]) cf. Jellineks oben zitierte Ausführungen.

[2]) cf. Landmann, l. c. Anm. zu § 1 GO.

§ 11.

b) Das Verbot, eine untersagende Polizeinorm.

Um die wahre Natur des Verbotes zu erkennen, müssen wir auf juristische Grundbegriffe zurückgreifen.

Unter dem Gesichtspunkte, daß die Rechtsordnung bestimmte Handlungen des Individuums gestattet oder verbietet, andere Handlungen dagegen vollständig unberührt läßt, teilen sich die menschlichen Handlungen in rechtlich relevante und rechtlich indifferente. Gegenüber den rechtlich relevanten Handlungen kann nun die Rechtsordnung sich verschieden verhalten. Entweder erkennt sie die betreffenden individuellen Handlungen als erlaubt an, d. h. sie gestattet, daß der individuelle Wille nach gewissen Richtungen hin natürlich Freiheit gebrauche; hier fügt sie der freien Bewegung des Individuums gegenüber den andern keineswegs ein neues Moment hinzu. Diese von der Rechtsordnung gestatteten Handlungen bilden in ihrer Gesamtheit das rechtliche Dürfen.

Oder die Rechtsordnung kann auch der Handlungsfähigkeit des Individuums etwas hinzufügen, was es von Natur aus nicht besitzt. [1] „Sie kann ihm nämlich den Anspruch verleihen, daß gewisse seiner Handlungen von ihr als zu Recht bestehend anerkannt und demgemäß staatlichen Schutzes teilhaftig werden. Es liegt nicht in der natürlichen Freiheit des Individuums, den Staat zu bewegen, eine von ihm vorgenommene Handlung, der bisher rechtliche Relevanz mangelte, für rechtlich relevant zu erklären. Das kann der Natur der Sache nach stets nur durch den der Be-

[1] Jellinek, l. c. S. 44.

stimmbarkeit durch individuellen Willen entrückten Beschluß des Staates geschehen. Das Individuum mag welche Geschlechtsverbindung auch immer eingehen, zur Ehe wird sie nur unter den vom objektiven Rechte festgesetzten Bedingungen, es mag welche Verfügungen auch immer auf den Todesfall treffen, zum Testament werden sie nur auf grund der Rechtsvorschrift erhoben. Hier hat die natürliche Freiheit eine Grenze. Denn alle Bestimmungen, welche die Giltigkeit von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften betreffen, statuieren ein von der Rechtsordnung ausdrücklich verliehenes „rechtliches Können“.

Die verschiedene Rechtsnatur dieser verschiedenen Gattungen der rechtlichen Handlungen wird noch klarer, wenn wir uns die Rechtswirkungen der Handlungen, die einem Nichtdürfen und einem Nichtkönnen entsprechen, betrachten.

Die Handlung, die einem Nichtdürfen entspricht, die verbotene Handlung, ist nicht unmöglich, sondern nur rechtswidrig. Das Verbot kann übertreten, die natürliche Freiheit kann unter die Herrschaft von Normen gestellt, aber nicht vernichtet werden. Sofern nicht absoluter Zwang sie ausschließt, kann sie trotz verbietender Normen realisiert werden. Das Nichtdürfen schließt keineswegs das physische Können aus.

Anders dagegen mit der Handlung, die einem Nichtkönnen entspricht, sie ist im Rechtssinne nicht vorhanden, sie ist rechtlich irrelevant[1]). „Soll sie zu einer rechtlich relevanten werden, so muß dem natürlichen Können ausdrücklich die rechtliche Anerkennung hinzugefügt werden. Das kann nur dadurch geschehen.

[1]) Jellinek, l. c. S. 45.

daß die Handlungsfähigkeit des Individuums eine Erweiterung erfährt."

Das rechtliche Nichtdürfen kann übertreten werden, das rechtliche Nichtkönnen niemals. Dort ist Strafe und Polizeieinschreitung Rechtsfolge der verbotenen, hier Nichtigkeit der unverbotenen, aber irrelevanten Handlung.

Mit diesem Erkennungsmittel ausgerüstet versuchen wir nun die Rechtsnatur des Verbotes festzustellen.

Man kann nun keineswegs sagen, daß der Betrieb eines konzessionspflichtigen Gewerbes ohne Konzession rechtlich nicht vorhanden, also irrelevant wäre. Sowohl zivil- wie öffentlich-rechtliche Folgen knüpfen sich an ihn. Die im unkonzessionierten Gewerbebetrieb eingegangenen Verpflichtungen ermangeln nicht des Rechtsbestandes. Der nichtkonzessionierte konzessionspflichtige Gewerbebetrieb läßt die Steuerpflicht entstehen. Der Gewerbebetrieb ist nicht unmöglich, er kann auch ohne Konzession betrieben werden. Diese Möglichkeit ist geradezu die Voraussetzung der Strafnorm. Bei Unmöglichkeit der Ausübung wäre das Setzen der Strafnorm nicht notwendig gewesen. Ebenso wenig wäre die in § 147 Abs. III GO als zulässig erklärte Polizeieinschreitung notwendig gewesen, wenn die Ausübung des Gewerbebetriebes ohne Konzession unmöglich gewesen wäre. Im Gegenteil, diese beiden Wirkungen der Verbotsübertretung lassen mit genügender Deutlichkeit erkennen, daß die Ausübung des nichtkonzessionierten konzessionspflichtigen Gewerbes einem Nichtdürfen widerspricht, daß das Verbot nicht ein Recht oder dessen Ausübung versagt, sondern ein reines Polizeiverbot ist, das die Betätigung der Handlungsfreiheit auf gewerblichem Gebiete untersagt.

§ 12.

2. Die Aufhebung des Verbotes.

Das Verbot macht die in Widerspruch mit ihm vorgenommenen Handlungen rechtswidrig, nicht nichtig und rechtfertigt eventuell zwangsweise Beseitigung hergestellter Anlagen durch die Polizei. Den Eintritt dieser Rechtswirkungen zu verhindern, ist zunächst der Zweck der Konzession. Die Konzession will somit durch Beseitigung gesetzlicher Schranken die Rechtslage herstellen, die bestanden hätte, wenn das Verbot nicht erlassen worden wäre; sie will, wie dies bei den übrigen Gewerben kraft des § 1 GO der Fall ist, die Gestattung aussprechen. Der Grund aber, daß der erlaubende Verwaltungsakt mit dieser Wirkung ausgestattet werden kann, ist der, daß der Erlaubnisvorbehalt auf gesetzlicher Grundlage steht.

In der Konzessionswirkung sind also begrifflich nach zwei verschiedenen Richtungen Unterschiede zu machen:

1. in der Richtung gegen das Gebiet der rechtlich relevanten verbotenen Handlungen bedeutet die Konzession Beseitigung des Verbotes.

2. in der Richtung gegen das Gebiet der mit der Verbotsbeseitigung rechtlich irrelevant gewordenen Handlungen bedeutet die Konzession Gestattung.

Es wäre aber verfehlt, diese beiden Rechtswirkungen deshalb unterscheiden zu wollen, weil sie etwa auf verschiedenen Rechtsnormen beruhten und beide Wirkungen etwa nur ideal sich in der Konzession vereinigten wie z. B. bei der Eisenbahnkonzession. Vielmehr ist die Gestattung nur das Kehrbild der Verbotsaufhebung, beide können nur

begrifflich geschieden werden, da sie nur verschiedene Bezeichnungen für dieselbe Rechtswirkung sind. Es wäre deshalb auch unrichtig von diesem Gesichtspunkte einen negativen und positiven Konzessionsinhalt unterscheiden zu wollen. Denn beide müßten denselben Umkreis von Rechtswirkungen beschreiben. Könnte man nun aber nicht deshalb von einem positiven Inhalte der Konzession sprechen, weil besondere Normen einen solchen gewährt hätten?

§ 13.

C. Der positive Inhalt der Konzession.

Bisher ist festgestellt worden, daß die Ausübung der Gewerbefreiheit die Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit ist, daß diese an sich uneingeschränkte Freiheit aber für einen bestimmten Kreis von Gewerben aufgehoben und daß durch die Konzession diese Betätigungsfreiheit wieder hergestellt wurde, daß aber auf Vornahme dieser Betätigung ein subjektives öffentliches Recht nicht besteht. Kann somit die subjektivrechtliche Natur der Gewerbebefugnis nicht auf das sogenannte Recht der Gewerbefreiheit zurückgeführt werden, so müßte ihre Existenz von den Konzessionsnormen selbst abgeleitet werden. Es wäre nun unrichtig, die Möglichkeit einer derartigen Rechtswirkung der Konzessionsnorm überhaupt absprechen zu wollen, indem man ungefähr folgendermaßen argumentierte: Der § 1 GO schafft keine Rechtsbefugnis, sondern erkennt nur die natürliche Befugnis an. Wenn nun die Erlaubnisnorm das Verbot aufhebt, so ist der Handlungsfreiheit der Weg gebahnt, um wieder ihren freien Lauf nehmen zu

können. Diese Schlußfolgerung hätte aber die verschiedenartige Natur beider Gestattungsnormen übersehen. Die Norm des § 1 GO gestattet ganz allgemein einem unbestimmten Personenkreise etwas Nichtverbotenes, die Erlaubnisnorm dagegen bestimmten Personen beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen den Betrieb eines bestimmten Gewerbes unter Aufhebung eines Verbotes. Für den Regelfall des Gewerbebetriebes hielt der Gesetzgeber das Individualinteresse durch § 143 GO genügend geschützt[1]), indem er dortselbst die Kompetenzverneinung der staatlichen Organe hinsichtlich der Entziehung der Gewerbebefugnis aussprach. Beiden konzessionspflichtigen Gewerben aber glaubte der Gesetzgeber das erhöhte öffentliche Interesse durch ein Verbot geltend machen zu müssen. Um nun aber sowohl das Individualinteresse wie das öffentliche Interesse durch Aufhebung des Verbotes von einem nicht interessierten Standpunkt aus zu wahren, wurde das Konzessionsverfahren dem verwaltungsrichterlichen Rekursverfahren unterstellt. Aus diesen Gründen wäre wohl eine verschiedene gesetzliche Ausgestaltung der durch § 1 GO und die Konzessionsnormen gewährten Befugnis möglich gewesen. Ist sie aber auch erfolgt? Nur ein Vergleich der Konzessionswirkung mit dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes kann diese Frage beantworten.

Die Konzessionswirkung beruht auf einem Verwaltungsakte, da letzterer aber auf gesetzlicher Grundlage steht, so ist die Konzessionswirkung selbst als

[1]) Rehm, S. 25 läßt entgegen dem Gesetzestexte den § 143 GO. auch für die konzessionierten Gewerbe gelten.

auf einer Rechtsnorm basierend aufzufassen. Diesem ersten Erfordernis des subjektiven Rechtes reiht sich als zweites das Vorhandensein des Individualinteresses an. Ist das Verbot vorherrschend im öffentlichen Interesse erlassen, so ist für die Aufhebung des Verbotes und die sich daran knüpfende Gestattung in erster Linie das Individualinteresse maßgebend.

Der Nachweis der Befugnis als einer Rechtsbefugnis gestaltet sich hingegen schwieriger. Der Gegenstand wird nicht als ein facere, sondern als ein non facere nachzuweisen gesucht, als der Anspruch an den Staat auf Nichtstörung des Gewerbebetriebs oder Nichthinderung in der Ausübung des Gewerbebetriebs. Der hiergegen gerichtete Einwand, ein Recht müsse ein positives Handeln zum Gegenstande haben, kann aber nicht als stichhaltig angesehen werden; denn es wird bereits in allen Rechtsmaterien der Anspruch auf eine Unterlassung als Ausfluß eines subjektiven Rechts anerkannt. Indes liegt diesem Einwande doch ein berechtigter Gedanke zu grunde. Wie kommt es, daß die Ausübung dieses „Rechtes“ keine Rechtswirkungen nach sich zieht? Daß nur im Falle seiner Verletzung ein Anspruch gegeben sein soll? Genügt diese Rechtswirkung, um jene Sphäre als die Grundlage eines subjektiven Rechts bezeichnen zu können? Diese Zweifel müssen zu der Frage führen, ob denn jener Anspruch überhaupt ein Ausfluß des „Gewerberechts“ ist. Wäre jener Anspruch ein Ausfluß des „Gewerberechts“, dann müßte jeder staatliche Eingriff den genannten Anspruch erzeugen. Nun unterliegt es doch gar keinem Zweifel, daß die Polizeibehörde auch nach der Konzessionserteilung zu Eingriffen berechtigt ist, welche bei der Konzessionierung

nicht erwogen wurden noch erwogen werden mußten. Für die Betrachtung der Freiheit auf dem Gebiete des gewerblichen Handelns sind zwei Arten von Einschränkungen zu unterscheiden. Einmal solche, welche nicht die gewerbliche Tätigkeit besonders, sondern die Privattätigkeit eines jeden Menschen überhaupt nach bestimmten sachlichen Richtungen hin einschränken, und dann solche Beschränkungen, welche nur die Tätigkeit in einem Gewerbebetriebe treffen, die also einen Gewerbebetrieb zur Voraussetzung haben und die polizeiliche Regelung des Gewerbewesens in irgend einem Punkte bezwecken. Diese letzteren Vorschriften können unter der Bezeichnung gewerbepolizeiliche Bestimmungen zusammengefaßt werden. Vom Standpunkt des Gewerbepolizeirechts aus gesehen, können dann alle Polizeivorschriften, welche einen Gewerbebetrieb nicht unmittelbar zur Voraussetzung haben, allgemeine polizeiliche genannt werden. Auch diese allgemeinen polizeilichen Bestimmungen können in ihrer tatsächlichen Wirkung sich als Eingriffe in den Gewerbebetrieb darstellen. Sie greifen aber dann nicht ein mit dem Zweck, gerade das gewerbliche Handeln polizeilich zu regeln; sie beschränken vielmehr das gewerbliche Handeln, indem sie die Handlungsfreiheit des Menschen nach einer bestimmten Richtung hin überhaupt beschränken.

Von diesem doppelten Gesichtspunkte aus wird auch das Konzessionsgesuch geprüft; die Konzessionserteilung hat deshalb nach diesen beiden Richtungen eine verschiedene Wirkung.

In gewerbepolizeilicher Hinsicht bedeutet die Konzession die Bindung der Polizeibehörde an ihren Ausspruch, daß zur Zeit ein Einschreiten von diesem

Gesichtspunkte aus unbegründet sei, des weitern die Verpflichtung der Polizeibehörde, die Zurücknahme nur aus bestimmten Gründen auszusprechen. Hierbei macht es keinen Unterschied, daß in besonderen Fällen, wie z. B. bei der Wirtschaftskonzession allgemeine polizeilichen Bestimmungen, z. B. baupolizeiliche zu gewerbepolizeilichen erhoben wurden.

In allgemeinpolizeilicher Hinsicht dagegen bedeutet die Konzession nicht die Beschränkung der diesbezüglichen Nachprüfung auf den Weg der Konzessionszurücknahme und damit auf den Verwaltungsrechtsweg. Durch gewöhnliche Verwaltungsverfügung, — also ohne Rechtsbeschwerde — sind derartige Auflagen zulässig[1]), soweit nicht schon bei der Konzession solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen waren. Wenn auch durch diese Verwaltungsverfügungen nicht völlige Zurücknahme oder Entziehung der Konzession angeordnet werden kann, so kann doch darin eine tiefeinschneidende Störung des Gewerbebetriebs liegen. Diese Handlungen des Staates erzeugen aber nicht den oben erörterten Anspruch auf Nichtstörung; es kann also die Sphäre, soweit sie dem staatlichen Eingriff ohne Erzeugung der Rechtsbeschwerde unterliegt, nicht zu der geschützten Position eines subjektiven Rechtes gehören. Die Umgrenzung des Gebietes des subjektiven Rechtes aber durch Bestimmung der Zulässigkeit derartiger Eingriffe ist unmöglich; denn die Tragweite derartiger Eingriffe hängt von dem freien Ermessen der Polizeibehörden ab. Es fällt damit das subjektive Recht als inhaltslos in sich zusammen. Ein subjektives Recht, dessen Begrenzung dem Ge-

[1]) cf. Landmann, l. c. S. 303.

währenden nach freiem Ermessen überlassen bliebe, kann es nicht geben. Wie könnte aber auch die Zulässigkeit derartiger Eingriffe mit der Natur eines wohlerworbenen Rechtes sich vertragen?

Die also durch den Gesetzgeber statuierten Ansprüche reichen nicht aus, um die Rechtslage des Konzessionierten nach allen Richtungen hin gegenüber dem Staate zu schützen. Die Ansprüche selbst sind Einzelansprüche, die der Gesetzgeber gewährt, um die Aufhebung sowie das Inkraftsetzen des Verbotes der Gewerbefreiheit zu gewährleisten; doch können diese Ansprüche nicht als genügend erachtet werden, um den Zustand der Gewerbefreiheit für den Konzessionierten bezeichnen zu können.

Damit ist auch die Ansicht Jellineks[1]) zu berichtigen, daß es ein allgemeines Recht auf Anerkennung der Freiheit zum Gewerbebetriebe und auf Unterlassung und Beseitigung von Störungen gibt; dieses Recht ist nur in bestimmten Fällen gegeben.

Es gibt also in der Tat keinen positiven Inhalt der Konzession. Die gegebenen Ansprüche können nur als der verwaltungsrechtliche Schutz des Anspruches auf Herbeiführung und Erhaltung eines erlaubten Zustandes, der negativen Inhaltswirkung der Konzession erachtet werden.

Das Resultat dieser Ausführungen ergibt somit:

Die subjektivrechtliche Natur der Rechtslage des Konzessionierten kann weder aus der Norm des § 1 GO noch aus den jeweiligen Konzessionsnormen abgeleitet werden. Im Hinblick auf § 1 GO hat die Konzession nur die Bedeutung der Verbotsbeseitigung für die

[1]) l. c. S. 105.

Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit, die Konzessionsnormen selbst aber bedeuten nur nach einer Richtung hin die Festigung der durch die Verbotsbeseitigung geschaffenen Rechtslage des Konzessionierten.

§ 14.

D. Die Folgerungen.

1. Der Verzicht.

Ein solcher wäre in vierfacher Weise denkbar:

a) als Verzicht auf die Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit,

b) als Verzicht auf das subjektive Gewerberecht, des Rechtes auf ungehinderte Gewerbeausübung,

c) als Verzicht auf den Anspruch auf Nichtentziehung der Konzession,

d) als Verzicht auf den Anspruch auf Zulassung zum Gewerbebetriebe, auf die Konzession.

a) Die Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit fällt in die „staatsfreie" Sphäre des Individuums, sie gehört zum negativen Status des Individuums. Will nun das Individuum von seiner Handlungsfreiheit keinen Gebrauch machen und in diesem Sinne darauf verzichten, so könnte diesem Verhalten gegenüber ein rechtliches Bedenken nicht geltend gemacht werden; ein derartiger Verzicht hätte nur tatsächliche Bedeutung, da hiedurch weder die Rechtsposition des Individuums noch des Staates in irgend einer Weise verändert würde[1]). Dagegen müßte der Verzicht auf die Be-

[1]) Von diesem Standpunkte aus erscheint die Entscheidung des bayer. VGH. vom 2. X. 08, Reger 1, S. 234 haltbar; allerdings kann die Ausdrucksweise des VGH., der von dem „Genusse von Rechten" spricht, nicht gebilligt werden. cf. auch unten c), d).

tätigung der Handlungsfreiheit als rechtlich unzulässig betrachtet werden, wenn das Individuum durch seinen Verzicht seine „staatsfreie“ Sphäre schmälern, seinen Pflichtenkreis gegenüber dem Staate aber erweitern wollte. Die Änderung öffentlich rechtlicher, im Gemeininteresse geschaffener Verhältnisse kann nicht durch einseitige, dem Einzelinteresse dienende Handlungen des Individuums erfolgen.

b) Da die Befugnis zum Gewerbebetrieb ein subjektives Recht nicht begründet, ist die Bedeutung des Verzichtes als einer Rechtsentsagung abzulehnen. Aber auch von dem Standpunkte aus, der die Gewerbebefugnis als subjektives Recht konstruiert, wäre die Verzichtsmöglichkeit ausgeschlossen. Soweit nicht durch besondere Normen etwas anderes bestimmt ist, erscheinen die öffentlichen Rechtsverhältnisse als unverzichtbar, da sie vorwiegend im Gemeininteresse geschaffen sind.

c), d) Etwas anderes als der Verzicht auf den sogenannten Status ist der konkrete Anspruchsverzicht[1]). Es ist gleichgültig, aus welchem Status der Anspruch hervorgeht, ob aus einem verzichtbaren oder unverzichtbaren. Denn es kann niemand gezwungen werden, von den in seinem Interesse geschaffenen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint ein Verzicht nach c und d möglich.

§ 15.

Die Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Gewerbebefugnis.

Der oben entwickelten Natur der Gewerbebefugnis entsprechend kann von einer Übertragbarkeit und Vererblichkeit derselben keine Rede sein. Eine schein-

[1]) Jellinek, l. c. S. 324.

bare Ausnahme hiervon macht § 46 GO. Nach Rehm (S. 46) ist der fortgesetzte Gewerbebetrieb nach § 46 GO eine Nachfolge der Erben in das „Gewerberecht". Wäre nun in der Tat die Gewerbebefugnis ein subjektives öffentliches Recht, so wäre damit für die Vererblichkeit desselben noch gar nichts bewiesen. Wie oben ausgeführt, ist das subjektive öffentliche Recht ein Zustand, ein Sein. Stirbt derjenige, dem dieser Zustand eigen ist, dann kann von seinem Zustande nicht mehr als von einem rechtlich bedeutsamen gesprochen werden. Nun wäre es aber möglich, kraft positiver Rechtsnorm diesen Zustand einer andern Person zu verleihen. Diesen Weg ist auch tatsächlich der Gesetzgeber gegangen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß das Gesetz diesen Zustand charakterisiert als ein „Fortsetzen des Gewerbebetriebs für Rechnung der Witwe durch einen Stellvertreter". Diese Auffassung des § 46 GO allein entspricht der Tatsache, daß beim Übergange eines Gewerbes auf privatrechtlichem Wege das Erfüllen der gesetzlichen Voraussetzungen auf Seiten des Erwerbers erforderlich ist[1]).

[1]) cf. Schecher, l. c. S. 46.